Die Rechtsnatur der zivilistischen Aufrechnung.

Inaugural-Dissertation

(auszugsweise)

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Georg-August Universität zu Göttingen

vorgelegt von **Hans Albers**
Referendar in Oldenburg.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Vorweg ist festzustellen, daß der oft zitierte Satz des Paulus: „dolo facit, qui petit, quod redditurus est“ trotz Dernburg nicht mit der compensatio in Zusammenhang zu bringen ist, einmal, weil er an einer Stelle erscheint, an der von der compensatio nicht die Rede ist, zum anderen insbesondere deshalb, weil der Gegenanspruch des Schuldners schon besteht, die Konjugationsform — redditurus est — also unverständlich bleiben muß. Ausgangspunkt für die begriffliche Festlegung der compensatio muß vielmehr der tatsächliche Vorgang sein, bei dem wir von diesem Institut hören. Dies sind unbestrittenermaßen die zwei bekannten Möglichkeiten, daß der Schuldner etwa seit dem 2. Jahrhundert vor Christi bei Einklagung seiner Forderung seinen Anspruch auf den Saldo richten mußte, da seine Forderung sonst ohne weiteres als befriedigt galt, und ferner das fast zur gleichen Zeit geschaffene Aufrechnungsrecht des bonorum emtor, der

1926.

ursprünglich Aktivforderungen überhaupt nicht geltend machen konnte.

Das Wesen der compensatio ist mehrfach als Selbstzahlung des Gläubigers definiert worden, allerdings mit einer Begründung, die deshalb nicht standhalten kann, weil die angezogenen Pandektenstellen sich auf einen besonderen Fall im Erbrecht beziehen und außerdem die Zahlung in der Regel vom Schuldner auszugehen hat, da zu einer Selbstzahlung an dessen Stelle dem Gläubiger in der Regel die Legitimation fehlt. Andere Schriftsteller haben sich einfach damit begnügt, die compensatio als eine Unterart oder Abart der Zahlung, als eine uneigentliche Zahlung, zu bezeichnen, ohne hierfür jedoch eine ausreichende Begründung zu geben. Diese Definitionen sehen alle nur die eine Seite des Rechtsvorgangs, ohne die Worte Modestin's zu berücksichtigen, die er an die Spitze des Digestentitels über die Kompensation gesetzt hat, nämlich: compensatio est debiti et crediti inter se contributio, daß also ein wechselseitiges Rechtsgeschäft in Frage kommt. Dies ist auch von einer großen Zahl Schriftsteller erkannt worden, die dann allerdings zum Teil zu einem Ergebnis gelangen, das eine ernsthafte Nachprüfung nicht aushält, jedenfalls soweit man die compensatio als gegenseitigen Erlaßvertrag darstellen will. Diese Ansicht kann deshalb nicht richtig sein, weil bei einem so scharf durchdachtem Recht, wie dem römischen, nicht zu verstehen ist, weshalb man die Rechtsinstitute der acceptilatio und des pactum de non petendo geschaffen hatte, deren Nebeneinanderbestehen unmöglich erscheint. Im übrigen war der Erlaß, die acceptilatio, ein abstrakter Vertrag, sodaß er für die compensatio überhaupt nicht in Frage kommen kann. Damit ergibt sich von selbst die Frage, was denn eigentlich der Gegenstand dieses wechselseitigen Rechtsgeschäfts ist bezw. sein kann. Unter Aufrechterhaltung des zweifellos in der compensatio enthaltenen Zahlungsgedankens ist vielfach die Ansicht vertreten worden, daß das Objekt der Zahlung bezw. — nach Ansicht einzelner — des Erlaßvertrages die Befreiung von einer Schuld oder, vom entgegengesetzten Standpunkt aus gesehen, die Aufgabe eines Forderungsrechts ist, jedenfalls also beide Male ein abstrakter Begriff. Diese Schlußfolgerung erscheint aber

ziemlich gewagt, wenn nicht gar unmöglich, da doch irgend eine Verkörperung der Begriffe erfolgen müßte, da sie sonst nie Inhalt eines Übertragungsaktes werden können. Aus diesem Grunde wird man feststellen müssen, daß als Leistungsgegenstand nur das Objekt der Forderung in Frage kommen kann, daß also die compensatio als eine Bezahlung der beiderseitigen Forderungen durcheinander mittelst Behalten des gegenseitig Geschuldeten erscheint. Diese Begriffsbestimmung wird auch der oben angeführten Definition Modestin's am gerechtesten, der ja von einer tatsächlichen Zuerteilung — contributio — spricht. Zu erörtern bleibt nur noch, wie der Zahlungsvorgang zu denken ist. Würde man der einen Partei eine Vorleistungspflicht auferlegen, liefe sie, insbesondere bei zahlungsschwachen Gegnern, Gefahr, ihre Forderung zu verlieren, abgesehen davon, daß mangels besonderer Vereinbarung das Verlangen einer Vorleistung dolos erscheinen muß. M. a. W. finden in der compensatio zwei sich gegenüber stehende Ansprüche gleichzeitig durch Zahlung bezw. bei Leistung anderer Gegenstände, durch Erfüllung ihre Erledigung.

Für die Begriffsbestimmung der bürgerlich-rechtlichen Aufrechnung sind die für die compensatio maßgebenden Gesichtspunkte nicht verwertbar, insbesondere mit Rücksicht darauf, daß die Aufrechnung nicht einfach die ins moderne Recht übernommene compensatio darstellt, sondern schon früh als „Wettschlagung" bekannt war. Insbesondere ist der der compensatio eigene Zahlungsgedanke bei der Aufrechnung nicht zu finden, wie zweifelsfrei aus den §§ 389 und 396 hervorgeht. Man hat deshalb versucht, auf dem Wege der Konstruktion und Subsumtion unter bereits feststehende Begriffe das Wesen der Aufrechnung zu bestimmen. Hierbei kommt Sieber zu dem Ergebnis, die Aufrechnung als datio in solutum zu bezeichnen, während Kohler, allerdings als einziger, in ihr eine Anweisung an den Gegenschuldner zur Selbstzahlung sieht. Die Unrichtigkeit dieser Definitionen liegt ohne weiteres klar, während die von Weigelin aufgebrachte Konstruktion der Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld auf den ersten Blick etwas Bestechendes und einen Schein der Richtigkeit an sich hat, der allerdings einer eingehenden Prüfung nicht

standhält. Es sei nur darauf hingewiesen, daß das Pfandrecht an der eigenen Schuld im Gegensatz zur Aufrechnung weder Gleichartigkeit noch Fälligkeit der beiderseitigen Forderungen voraussetzt, so daß die Anwendungsgebiete der beiden Rechtsbehelfe sich — wenigstens in gewissem Sinne — aus- statt einschließen. M. E. bleibt deshalb nichts anderes übrig, als die Aufrechnung ebenso wie Erfüllung, Hinterlegung und Erlaß als eine eigenartige Form der Aufhebung von Forderungen zu erklären, die vom Gesetzgeber festgelegt und deshalb auch nicht weiter zu subsumieren ist.

Eine andere Frage ist die, welcher Zweck mit der Aufrechnung erreicht werden soll. Eine nicht unerhebliche Anzahl Schriftsteller betrachtet als Zweck der Aufrechnung die Eigenbefriedigung des Aufrechnenden unter Berufung auf die diesem Rechtsinstitut innewohnende Zwangsmöglichkeit. Abgesehen von der Kennzeichnung als „erlaubte Selbsthilfe", die natürlich von vorneherein ausscheiden muß, bringen diese Schriftsteller die Aufrechnung nur in irgend einen Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung ohne Festlegung auf einen juristischen Begriff, so daß alle diese Versuche nur zu einer Versinnbildlichung des Wesens der Aufrechnung im allgemeinen geeignet erscheinen. Aus der Masse dieser Schriftsteller heben sich schließlich zwei heraus, die in ihren Konstruktionen denselben Weg gehen, dieselben Begründungen anführen und zu demselben Ergebnis — nur unter verschiedenen Namen — kommen und zwar Weigelin mit seiner Konstruktion vom Pfandrecht an der eigenen Schuld und Leonhard mit dem klar durchgeführten Nachweis der Aufrechnung als Zwangsverwertungsrecht. Auf die rechtliche Unmöglichkeit, die Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld — und damit als Zwangsverwertungsrecht im Sinne Leonhards — zu konstruieren, ist oben bereits hingewiesen. Hier ist von Wichtigkeit die Feststellung, daß nach Ansicht dieser Schriftsteller die Aufrechnung wesentlich zum Zweck der Eigenbefriedigung vorgenommen wird, denn mit dem Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit wird die Gegenforderung des Aufrechnenden mit einem Pfandrecht — bezw. Zwangsrecht — bedacht, dessen Ausübung darin besteht, daß der Aufrechnende dem Hauptgläubiger erklärt, er wolle von seinem Recht, sich von

seiner Schuld zu befreien, Gebrauch machen. Durch die Ausübung des Pfandrechts erlischt dann diese Forderung, während die eigene Forderung des Aufrechnenden deshalb gleichzeitig untergeht, weil deren Inhaber durch Befreiung von seiner Schuld befriedigt wird bezw. beim zwangsweisen Verwertungsrecht den Wert eines Vermögensstückes des Schuldners in sein Vermögen überführt und überführen darf.

Dieser Ansicht, daß die Aufrechnung Selbstbefriedigung durch zwangsweise vorgenommene Verwertung einer Forderung des Schuldners ist, ist auch Feder der Hauptverfechter der Kombinationstheorie, allerdings mit der Einschränkung, daß diese Definition nur zutrifft, soweit die Aufrechnung als Handlung des Gläubigers in Frage kommt, neben der — und zwar gleichwertig — die Aufrechnung als Handlung des Schuldners sich als Befriedigung des Gläubigers durch einseitige Befreiung von einer Schuld darstellt. Dieser Theorie gräbt allerdings Feder dann selbst das Grab, indem er zugibt, daß die Aufrechnung nicht immer zu einer unmittelbaren Befriedigung des Aufrechnenden führen kann und zwar mit Rücksicht auf § 391 Abs. 1 S. 2, insbesondere in Verbindung mit § 387, letzten Endes also nur die andere Hälfte seiner Konstruktion, die Leitungstheorie, übrig bleibt.

Der von Vertretern der Eigenbefriedigungstheorie geltend gemachte Einwand, daß § 406 entschieden gegen die Leistungstheorie spreche, ist nur bedingt richtig insofern, als zuzugeben ist, daß diese Bestimmung nicht für die Leistungstheorie, aber auch nicht für die Eigenbefriedigungstheorie, also auch nicht gegen die erstere spricht, vielmehr als eine rechtspolitisch notwendige Sonderbestimmung anzusehen ist. Der mit § 406 im engen Zusammenhang stehende § 407 spricht dagegen durchaus für die Leistungstheorie aus folgendem Grunde: Erklärt der Schuldner dem alten Gläubiger die Aufrechnung, liegt nur ein Normalfall vor, da der Schuldner von der Abtretung ja nichts weiß und den Schutz der §§ 407 Abs. 2 und 816 Abs. 2 für sich hat; erklärt der alte Gläubiger dem Schuldner die Aufrechnung, kommt mangels einer eigenen Forderung des Gläubigers eine Eigenbefriedigung nicht in Frage, wenn auch zuzugeben ist, daß der Gläubiger aus fremder Tasche

zahlt, eine Tatsache, die jedoch am Leistungscharakter des Vorgangs nichts ändert. Die weiterhin gegen die Leistungstheorie geltend gemachte in § 390 Satz 2 vorgesehene Möglichkeit einer Aufrechnung mit einer verjährten Forderung spricht tatsächlich durchaus für diese Theorie.

Es ist allerdings davon auszugehen, daß diese Möglichkeit nicht mit der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung zusammenhängt, sondern daß zwar der Zwang des Schuldners zur Leistung aufhört, daß aber seine Leistungspflicht immer noch eine Rechtspflicht bleibt, wie aus § 222 Abs. 2 hervorgeht. Im übrigen entspricht es nur Treu und Glauben, wenn der Inhaber einer verjährten Forderung, gegen den nach anerkannter Lehre ohne weiteres aufgerechnet werden kann, auch seinerseits das tatsächlich einmal erworbene Aufrechnungsrecht auch ausüben kann, denn die Streichung der bis vor kurzem für ihn noch bestehenden facultas alternativa würde zweifellos eine unbillige Härte bedeuten. Aus Vorstehendem geht einwandfrei hervor, daß im Gegensatz zu den übrigen Theorien es bei der Leistungstheorie durchaus möglich ist, die Aufrechnung durch Dritte, die Aufrechnung mit einer abgetretenen und die Aufrechnung mit einer verjährten Forderung unter einen Gesichtspunkt zu bringen.

Nur im Sinne der Leistungstheorie auszulegen sind die §§ 387 und 388; nach ersterem kann der Schuldner bereits in dem Augenblick die Aufrechnung erklären, in dem seine Schuld erfüllungsfällig wird. Von diesem Recht wird er aber nur Gebrauch machen, wenn er aus irgend einem Grunde ein Interesse an der Befriedigung des Gläubigers vor der Fälligkeit hat. Nach § 388 steht dem Schuldner das Recht zu, ohne und selbst gegen den Willen des Gläubigers diesen durch Aufgabe einer ihm zustehenden gleichartigen Gegenforderung statt durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes zu befriedigen. Die rückwirkende Kraft des § 389 läßt sich m. E. weder für noch gegen die Leistungstheorie verwenden, ebensowenig der im Zusammenhang mit der durch § 389 geschaffenen sog. Aufrechnungslage zu erwähnende § 770 Abs. 2, trotzdem nach diesem Paragraphen eine Eigenbefriedigung des Aufrechnenden erfolgt. Diese Eigenbefriedigung ist nur eine sekundäre Erscheinung, da der Aufrechnende bei Weigerung des Bürgen, der sich auf die

zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Aufrechnungsmöglichkeit beruft, zu seiner Befriedigung nur dadurch kommen kann, daß er zunächst seinen Schuldner wegen der diesem gegen ihn zustehenden Forderung befriedigt. Das in § 392 ausgesprochene Verbot der Aufrechnung gegen eine beschlagnahmte Forderung spricht ebenfalls nur für die Leistungstheorie, da durch dieses Verbot nur der Gläubiger des Aufrechnungsgegners geschützt werden soll und zwar gegen dessen Befriedigung, da im Falle einer solchen der beschlagnehmende Gläubiger seines Zugriffsrechts und damit auch einer Realisierung seines Anspruchs verlustig gehen würde. Für die Leistungstheorie spricht auch in einer großen Zahl von Fällen die Ausdrucksweise des Gesetzes, so z. B. in den Ablösungsfällen der §§ 268, 1142, 1150 und 1249, in denen es stets „Befriedigung des Gegners" heißt, ferner in den §§ 393 bis 395, in denen nur von einer Aufrechnung gegen eine Forderung die Rede ist. §§ 393 und 394 haben insofern auch eine Ähnlichkeit, als in beiden Fällen dem Gegner mit einer Aufrechnung nicht gedient wäre, es ihm vielmehr nur auf eine Barleistung ankommt. Schließlich ist die in § 396 ausgesprochene Verweisung auf § 366 Abs. 2 nur dann zu verstehen, wenn man in der Aufrechnung wie in der Erfüllung eine die Gegenforderung tilgende Rechtshandlung sieht. Das in § 396 dem Gegner vorbehaltene Widerspruchsrecht ist nur aus dem Gesichtspunkt zu erklären, daß der Schuldner durch die Möglichkeit, seinem Gegner die Art der Befriedigung aufzuzwingen bevorzugt ist.

Im Ergebnis ist aber festzustellen, daß die Aufrechnung sich als eine eigenartige Form der Aufhebung von Forderungen darstellt, die regelmäßig in erster Linie die Befriedigung des Gegners bezweckt und als selbständig eintretende Folge die Eigenbefriedigung herbeiführt.